

### Schriftleitung und Redaktion:

Prof. Dr. Bernhard Stüer (Schriftleiter: DVBI-aktuell, Abhandlungen, Berichte, Rezensionen und Rechtsprechung), Münster/Osnabrück · Dr. Caspar David Hermanns (Redaktion: DVBI-aktuell und Rechtsprechung), Osnabrück

### Herausgeber:

Prof. Dr. Dr. h.c. Thomas von Danwitz, Luxemburg · Prof. Dr. Dr. Wolfgang Durner, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, Bonn · Marion Eckertz-Höfer, Präsidentin des Bundesverwaltungsgerichts a.D., Leipzig · Prof. Dr. Hans-Günter Henneke, Geschäftsführendes Präsidialmitglied des Deutschen Landkreistages, Berlin · Dr. Caspar David Hermanns, Rechtsanwalt, FAVwR, Osnabrück · Prof. Dr. Christoph Moench, Rechtsanwalt, Berlin · Prof. Dr. Hans-Werner Rengeling, Osnabrück · Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus Rennert, Präsident des Bundesverwaltungsgerichts, Leipzig · Prof. Dr. Bernhard Stüer, Rechtsanwalt, FAVwR, Münster/Osnabrück

### Aufsätze

## Wettbewerbsverzerrung im Einzelhandel durch die Corona-Schutzverordnungen?

von Prof. Dr. Ulrich Jan Schröder, Duisburg, und Prof. Dr. Hendrik Schröder, Duisburg-Essen\*

Durch die Corona-Schutzverordnungen können Wettbewerbsverzerrungen entstehen. Die Betriebsuntersagungen der Corona-Schutzverordnungen sind gravierende Eingriffe in die Berufsfreiheit und in das Eigentumsgrundrecht der betroffenen Einzelhandelsbetriebe. Eine klarere gesetzliche Eingriffsgrundlage wäre, wenn nicht sogar verfassungsrechtlich geboten, so doch wünschenswert gewesen. Für künftige Betriebsuntersagungen ist eine Klarstellung des Infektionsschutzgesetzes verfassungsrechtlich geboten.

### I. Einleitung

Die Landesregierungen haben zum Zweck der Bekämpfung der Corona-Pandemie im Wege von Rechtsverordnungen im März 2020 umfangreiche Betriebsuntersagungen angeordnet, die gerade den Einzelhandel stark getroffen haben. Nach dem 15.04.2020 haben die Bundesländer ihre Rechtsverordnungen überarbeitet und »Lockerungen« auch für den Einzelhandel vorgesehen. Allerdings durften zunächst nur bestimmte Betriebstypen und Branchen unabhängig von der Größe der Verkaufsfläche öffnen, andere Einzelhändler dagegen gar nicht oder nur unter zusätzlichen Einschränkungen, wie z.B. der Beschränkung auf 800 m<sup>2</sup> Verkaufsfläche. Die differenzierte Aufhebung von Freiheitseinschränkungen wirft die Frage nach der Gleichheitskonformität der Differenzierungen auf. Im Folgenden wird die Zulässigkeit der Betriebsuntersagungen und damit auch die Frage der Verzerrung des Wettbewerbs im Einzelhandel untersucht.

In der Verordnungsgebung seit Ende April 2020 haben die Landesregierungen wettbewerbsrelevante Differenzierungen weitgehend aufgegeben. Angesichts der gegenwärtigen »zweiten Welle« der Ausbreitung des Corona-Virus kann nicht ausgeschlossen werden, dass es wieder zu Betriebsuntersagungen für den Einzelhandel kommen wird.

### II. Regelungen für den Einzelhandel nach dem 15.04.2020

Am 15.04.2020 haben die Bundeskanzlerin und die Ministerpräsidenten der Bundesländer für den Einzelhandel beschlossen, dass »alle Geschäfte bis zu 800 m<sup>2</sup> Verkaufsfläche sowie unabhängig von der Verkaufsfläche Kfz-Händler, Fahrradhändler, Buchhandlungen«<sup>1</sup> wieder öffnen können.

Alle Landesregierungen erließen Verordnungen mit diesem gemeinsamen Kern; sie regelten zudem, welche Einzelhandelsgeschäfte nicht öffnen durften, welche öffnen durften und unter welchen Voraussetzungen dies zugelassen war. Im Anschluss kam es zu einer Diskussion darüber, warum bestimmte Geschäfte unabhängig von der Größe der Verkaufsfläche öffnen durften, andere dagegen nicht, wie z.B. Möbelhäuser, Elektromärkte, Bekleidungsgeschäfte und Warenhäuser, obwohl sie im Wettbewerb mit solchen Betrieben stehen, die uneingeschränkt öffnen durften.

Die Verordnungen der Länder enthielten verschiedene Elemente: (1) ein grundsätzliches Verbot für Ladengeschäfte des Einzelhandels jeder Art,<sup>2</sup> (2) die Untersagung der Öffnung von Einzelhandelsbetrieben mit Verkaufsflächen von mehr als 800 m<sup>2</sup><sup>3</sup> und (3) die Erlaubnis der Öffnung von Einzelhandelsbetrieben mit Verkaufsflächen bis 800 m<sup>2</sup>.<sup>4</sup> (4) Des Weiteren gab es eine Auflistung von Einzelhandelsbetrieben, die unabhängig von der Größe ihrer Verkaufsfläche öffnen durften: vor allem Lebensmittelgeschäfte, Getränkemärkte, Wochenmärkte, Apotheken, Drogerien, Sanitätshäuser, Optiker, Hörgeräteakustiker, Tankstellen, Handel mit Kfz und Fahrrädern, Buchhandel, Zeitschriften- und Zeitungsgeschäfte, Baumärkte, Gartenbaumärkte, Tierbedarfsmärkte, Blumenläden und Poststellen (im Folgenden auch: Positivliste). (5) Zudem fand sich die Regelung, dass eine größere Verkaufsfläche als 800 m<sup>2</sup> durch Absperrungen innerhalb des Betriebes auf 800 m<sup>2</sup> eingegrenzt werden konnte. (6) Die auch als Schwerpunktregelung genannte Regelung ließ die Öffnung von Einzelhandelsbetrieben zu, wenn der Anteil des zugelassenen Sortiments »einen nicht nur unerheblichen Anteil am Gesamtsortiment umfasst«, »unabhängig von der Ein-

\* Ulrich Jan Schröder ist Professor für Öffentliches Recht an der Hochschule für Polizei und öffentliche Verwaltung Nordrhein-Westfalen, Duisburg; Hendrik Schröder ist Inhaber des Lehrstuhls für Marketing und Handel an der Universität Duisburg-Essen, Campus Essen.

1 Siehe <https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/bund-laender-beschluss-1744224> – abgerufen am 23.04.2020.

2 Z.B. § 2 Abs. 4 Satz 1 2. BayIfSMV v. 16.04.2020 (GVBl. S. 214).

3 Z.B. § 6a Abs. 1 Berliner SARS-CoV-2-Eindämmungsmaßnahmenverordnung i.d.F. 21.04.2020 (GVBl. S. 264).

4 Z.B. § 2 Abs. 1 Satz 1 Anti-Corona-VO MV i.d.F. v. 17.04.2020 (GVBl. S. 158).